



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2012

Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht = Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs

Sethe, Rolf ; Andreotti, Fabio

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-68087>
Journal Article

Originally published at:

Sethe, Rolf; Andreotti, Fabio (2012). Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht = Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs. Schweizerische Juristen-Zeitung, 108:514-520.

Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/ Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs

Prof. Dr. iur. Rolf Sethe, LL.M., und BLaw Fabio Andreotti (Zürich)

Auch in diesem Berichtsjahr dominierte die Diskussion um die Abzockerinitiative. Weiterhin sind einige Reformvorhaben mit gesellschaftsrechtlichen Bezügen zu verzeichnen. Die Judikatur hat sich mit Detailklärungen in verschiedenen Bereichen beschäftigt. Viel Aufmerksamkeit erfuhr das erste zivilrechtliche Urteil zu Verantwortlichkeitsansprüchen bei der SAirGroup.

I. Gesetzgebung

A. Abzockerinitiative und Gegenvorschläge

Der SR behandelte den indirekten Gegenvorschlag (10.443) am 12.9.2011 zum zweiten Mal, wobei er den Vorarbeiten der RK-S und in wesentlichen Punkten dem NR folgte und insbesondere die Strafbarkeit von Verstößen gegen das Vergütungsreglement und den Stimmzwang für Vorsorgeeinrichtungen ablehnte (E-BVG 71a I). Es blieben aber auch einige Differenzen bestehen: 1. Der SR hielt am Eintretensbeschluss zur steuerlichen Sonderbehandlung von sehr hohen Vergütungen fest (Vorlage 2, 10.460). 2. Er lehnte es ab, Amtsdauer und Laufzeit von Verträgen gleichzuschalten (altE-OR NR 710 V). 3. Das Prämienverbot bei Unternehmensübernahmen soll gestrichen werden (altE-OR NR 731d II^{bis}). 4. Die deutliche Ausweitung des Minderheitsrechts, Anträge auf Abänderung des Vergütungsreglements zu stellen, soll in der Vorlage bleiben (E-OR SR 731i II). 5. Die jährli-

che Genehmigung der Gesamtvergütungen der Geschäftsleitung durch die GV soll nicht zwingend vorgeschrieben werden (Möglichkeit eines statutarischen Opting-out, vgl. E-OR SR 731k I, II). 6. Abgelehnt wurde die Pflicht für Finanzdienstleistungs-AGs, die konzernweite Summe aller variablen Vergütungen der GV zur Genehmigung vorzulegen (altE-OR NR 731^{bis}). 7. Abgangsentschädigungen und Vergütungen im Voraus sind nur unter Vorbehalt eines qualifizierten GV-Beschlusses im Einzelfall zulässig (E-OR SR 731l III i.V.m. E-OR SR 704 I Ziff. 9).

Am 7.12.2011 behandelte der NR den indirekten Gegenvorschlag zum zweiten Mal. Er stimmte dem SR in den Punkten 2, 3 und 6 (s.o.) zu. Bei der jährlichen Abstimmung der GV über die Vergütungen der Geschäftsleitung sollen die Statuten aber festlegen können, ob dieser Abstimmung bindende oder konsultative Wirkung zukommt (E-OR NR 731k I, II). Folgende Differenzen blieben bestehen: 1. Aktionäre sollen an der GV brieflich abstimmen können (altE-OR NR 689 III). 2. Die Differenzen über die zwingenden Angaben im Vergütungsreglement wurden nicht bereinigt (E-OR NR 731d). 3. Der NR will mit deutlicher Mehrheit nicht, dass den Aktionären ein besonderes Antragsrecht zur nachträglichen Änderung des Vergütungsreglements zukommt (E-OR SR 731i II). 4. Er hielt daran fest, dass Abgangsentschädigungen und Vergütungen im Voraus bereits zulässig sind, wenn sie von der GV mit einfa-

chem Mehr beschlossen werden oder wenn sie der VR im Vergütungsreglement vorsieht (altE-OR NR 731l III). 5. Auf die Vorlage 2 ist der NR zum wiederholten Male nicht eingetreten. Damit war die steuerliche Sonderbehandlung von sehr hohen Vergütungen («Bonussteuer») im Rahmen des indirekten Gegenvorschlags definitiv gescheitert.

Am 5.3.2012 behandelte der SR die verbliebenen Differenzen und folgte dem NR bei der Streichung der Bestimmung über das Maximalverhältnis zwischen Grundentschädigung und variabler Vergütung (altE-OR NR 731d III) sowie beim Vorschlag, dass die GV jährlich über die Vergütungen der Geschäftsleitung abstimmt, die Statuten aber festlegen, ob diese Abstimmung konsultativ oder bindend ist. Keine Einigung wurde erreicht in Bezug auf den Inhalt des Vergütungsreglements, das besondere Antragsrecht der Aktionäre auf Abänderung des Vergütungsreglements sowie das Erfordernis des qualifizierten GV-Beschlusses für Abgangsentschädigungen und Vergütungen im Voraus.

Bei der Differenzbereinigung im NR vom 6.3.2012 stimmte dieser dem SR in Bezug auf den Pflichtinhalt des Vergütungsreglements zu. Der NR verzichtete auf die Möglichkeit der brieflichen Stimmabgabe an der GV. Er votierte für ein besonderes Antragsrecht der Aktionäre zur nachträglichen Abänderung des Vergütungsreglements (E-OR SR 731i II). Dagegen beharrte er darauf, dass Ab-

gangentschädigungen und Vorausvergütungen im Vergütungsreglement und damit mit einfachem Mehr der GV vorgesehen werden können. Die deshalb nötige Einigungskonferenz folgte am 8.3.2012 der Fassung des SR. Beide Räte stimmten den Anträgen der Einigungskonferenz zu und nahmen am 16.3.2012 den indirekten Gegenvorschlag in der Schlussabstimmung an.

Bereits am 2.2.2012 hatte die RK-N einen *neuen* direkten Gegenvorschlag zur Volksinitiative eingebracht. Er sieht – wie der zwischenzeitlich abgelehnte indirekte Gegenvorschlag mit «Bonussteuer» (Vorlage 2) – die steuerliche Nichtabzugsfähigkeit von jährlichen Vergütungsanteilen über 3 Mio. Fr. vor. Der NR stimmte dieser Vorlage am 6.3.2012 zu. Auch die RK-S und der SR waren am 17.4 bzw. 31.5.2012 für die «wieder auferstandene» «Bonussteuer». Beide Räte sprachen sich sodann gegen die Abzockerinitiative aus und empfahlen den direkten Gegenvorschlag zur Annahme. Damit stand (eigentlich) fest, dass der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» sowohl ein direkter als auch ein indirekter Gegenvorschlag gegenübergestellt wird. Im Gegensatz zum SR lehnte der NR aber am 15.6.2012 den Bundesbeschluss über die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» ab (08.080). Damit wird es lediglich eine Volksabstimmung über die Abzockerinitiative ohne direkten Gegenvorschlag und ohne Abstimmungsempfehlung von NR und SR geben. Bei Rückzug, Ablehnung oder Unterliegen der Initiative in der Stichfrage würde der indirekte Gegenvorschlag im Bundesblatt publiziert und unter dem Vorbehalt eines Referendums in Kraft gesetzt werden (BBJ 2012 3859).

Am 1.6.2012 beschloss der NR, mit den sistierten Teilen der Vorlage des

BR zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts (08.011) erst fortzufahren, wenn Volk und Stände über die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» abgestimmt haben bzw. diese zurückgezogen worden ist.

B. Rechnungslegungsrecht

Nach Vorberatung durch die RK-S schloss sich der SR am 12.9.2011 in drei Punkten der Fassung des NR vom 1.6.2011 an: 1. Aktiven mit beobachtbaren Marktpreisen sollen zum Marktpreis am Bilanzstichtag bewertet werden dürfen, auch wenn dieser über dem Nennwert oder dem Anschaffungswert liegt (E-OR NR 960b). Der SR wollte dies bisher lediglich für Aktiven mit Börsenkurs. 2. Die Übertragung der Pflicht zur Erstellung der Konzernrechnung an ein kontrolliertes Unternehmen soll doch nur Vereinen, Stiftungen und Genossenschaften vorbehalten bleiben (E-OR NR 963 IV). 3. Der SR akzeptierte die Einschränkung, dass Konzernrechnungen nur bei Publikumsgesellschaften, Genossenschaften mit mind. 2000 Genossenschaftern und Stiftungen mit ordentlicher Revision nach einem anerkannten Standard der Rechnungslegung zu erstellen sind (E-OR NR 963b). Bei den übrigen Gesellschaften reicht die ordnungsgemässe Rechnungslegung, sofern nicht – und dies stellte einen Kompromissvorschlag an den NR dar – gewisse Minderheiten oder die Stiftungsaufsicht die Erstellung nach einem anerkannten Standard verlangen (E-OR SR 963b IV). Einige Differenzen blieben jedoch bestehen, weshalb sich am 7.12.2011 der NR erneut mit der Vorlage beschäftigte. Mangels Einigung wurde eine Einigungskonferenz eingesetzt, welche sich am 8.12.2011 vollständig den Beschlüssen des SR anschloss. Beide Räte stimmten den vier berei-

nigten Differenzen der Einigungskonferenz zu: 1. Verbindlichkeiten sollen somit ohne Ausnahme zum Nennwert eingesetzt werden und nicht zum allfälligen abweichenden Ausgabe- oder Übernahmebetrag (E-OR SR 960e I). 2. Die Kompetenz zur Bezeichnung der anerkannten Standards zur Rechnungslegung soll auch für kotierte Gesellschaften nicht bei der Börse, sondern beim Bundesrat liegen (E-OR SR 962a V). 3. Der Kompromissvorschlag des SR zum Minderheitsrecht, die Konzernrechnung nach einem anerkannten Rechnungslegungsstandard verlangen zu können (s.o.), setzte sich durch (E-OR SR 963b IV). 4. Mit einem 10%-Quorum (statt 20%, wie es der NR wollte) kann die Erstellung eines Geschäftsberichts für den Einzelabschluss durchgesetzt werden, obwohl eine Gesellschaft dazu an sich nicht verpflichtet ist, weil sie oder ein sie kontrollierendes Unternehmen eine Konzernrechnung erstellen muss (E-OR SR 961d II Ziff. 1). Die Vorlage wurde am 23.12.2011 in der Schlussabstimmung angenommen (BBJ 2012 63). Die Referendumsfrist lief am 13.4.2012 ab. Das Datum des Inkrafttretens bestimmt der BR. Die Vorschriften des 32. Titels finden erstmals Anwendung für das Geschäftsjahr, das zwei Jahre nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung beginnt (ÜeBest 2 I).

C. Revisionsrecht

Am 1.1.2012 traten die erhöhten Schwellenwerte (OR 727 I Ziff. 2) für die ordentliche Revisionspflicht in Kraft (AS 2011 5863). Sie gelten vom ersten Geschäftsjahr an, das mit Inkrafttreten der Änderung oder danach beginnt.

D. Verjährungsrecht

Mit der Teilrevision des OR will der BR die Verlängerung der Verjährungsfris-

ten im Haftpflichtrecht und eine Vereinheitlichung des gesamten Verjährungsrechts erreichen. Das Gesellschaftsrechts ist wegen der geplanten Streichung von OR 678 IV, 760 betroffen. Die Bestimmungen über die Nachhaftung (OR 591–593) sollen jedoch bestehen bleiben. Am 31.8.2011 hat der BR einen Vorentwurf in die Vernehmlassung geschickt.

E. SchKG-Teilrevision

Auf die Vorlage des BR (BBI 2010 6455), die eine Sanierung von Unternehmen erleichtern soll, trat der NR am 29.9.2011 nicht ein (10.077). Dem folgte der SR am 31.5.2012 nicht. Er stimmte dem Entwurf des BR weitgehend zu. Künftig sollen im Sanierungsfall Verkäufer und Erwerber bei der Übernahme eines Betriebes oder Betriebsteils vereinbaren dürfen, welche Arbeitnehmer weiterbeschäftigt werden (E-OR 333b). Gefolgt ist der SR auch in der Frage der allgemeinen Sozialplanpflicht des Arbeitgebers (E-OR 335h–335i), wobei die Norm im Rahmen der Revision deplatziert ist, soll sie doch im Konkurs- oder Nachlassverfahren gerade nicht gelten (E-OR 335k). Der SR beschloss folgende Abweichungen zum Entwurf des BR: 1. Dauerschuldverhältnisse sollen bei Sanierungen nur aufgelöst werden können, wenn andernfalls der Sanierungszweck vereitelt würde (E-SchKG 297a). 2. Die Tantiemen-Rück erstattungspflicht von OR 679 wird auf die Mitglieder der Geschäftsleitung und des Beirats und auf variable Vergütungen ausgedehnt. 3. Der Konkursaufschub von OR 725a soll nicht aufgehoben werden. Die Vorlage geht nun zurück an den NR.

F. Börsen- und Kapitalmarktrecht

Am 31.8.2011 veröffentlichte der BR die Botschaft (BBI 2011 6873) zur Än-

derung des Börsengesetzes (Börsendelikte und Marktmissbrauch). Der Anwendungsbereich des strafrechtlichen Insiderhandelsverbots wird ausgedehnt und präzisiert. Es stellt kein Sonderdelikt mehr dar. Der Straftatbestand der Marktmanipulation wird leicht überarbeitet. Beide Normen werden ins BEHG überführt (E-BEHG 40–40a). Die Verfolgung und Beurteilung beider Delikte obliegt der Bundesgerichtsbarkeit (E-BEHG 44). Aufsichtsrechtlich sollen sowohl Insiderhandel als auch Marktmanipulation für sämtliche Marktteilnehmer verboten werden (E-BEHG 33e–33f). Die Höchstbusse bei vorsätzlichem Verstoss gegen die börsenrechtliche Meldepflicht und gegen die rechtskräftig festgestellte Pflicht zur Unterbreitung eines öffentlichen Kaufangebots wird auf 10 Mio. Fr. festgesetzt (E-BEHG 41–41a). Die BEHG 20 und 22 ff. sollen auch für Beteiligungen an Gesellschaften mit statutarischem Sitz im Ausland gelten, deren Beteiligungspapiere ganz oder teilweise in der Schweiz hauptkotiert sind (E-BEHG 20 I, 22 I lit. b). Bei Verstössen soll die FINMA über Aufsichtsinstrumente auch gegenüber Nichtbeaufsichtigten verfügen (E-BEHG 34). Die FINMA wäre für die vorsorgliche Stimmrechtssuspension bei Verletzung der Meldepflicht zuständig und würde über das Mittel des vorsorglichen Zukaufsverbots verfügen (E-BEHG 34b). Vergleichbare Sanktionen stehen der UEK bei Verletzung der Angebotspflicht zu (E-BEHG 32 VII). Umstritten ist die geplante Abschaffung der Kontrollprämie (E-BEHG 32 IV). Am 20.12.2011 ist der SR auf die Vorlage des BR eingetreten und ihr vollständig gefolgt (11.050). Der NR folgte der Vorlage am 14.6.2012 im Wesentlichen. Eine Minderheit im NR setzte durch, dass bereits strafbar ist, wer Insiderinforma-

tionen bloss ausnützt oder mitteilt; nicht mehr erforderlich ist, dass damit ein Vermögensvorteil verschafft wird (E-BEHG 40 I). Bei der strafrechtlichen Kursmanipulation hingegen verzichtete die Mehrheit des NR auf die Streichung der Bereicherungsabsicht (E-BEHG 40a I). Nicht durchsetzen konnte sich der Antrag auf Ausweitung des Insidertatbestandes auf Rohstoffe, Edelmetalle und Währungen. Die Vorlage geht nun zurück an den SR.

Am 1.1.2012 trat die revidierte Börsenverordnung-FINMA (BEHV-FINMA) in Kraft, welche u.a. mit dem neuen BEHV-FINMA 9 IV die Meldepflicht von BEHG 20 I präzisiert (AS 2011 6285).

II. Rechtsprechung

A. Aktien- und GmbH-Recht

Fehlt bei einer Universalversammlung auch nur ein Aktionär, ist ein gefasster Beschluss nichtig; seine Konversion in einen Beschluss einer ordentlich einberufenen GV scheidet aus. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit ist angemessen, denn der nicht eingeladene Aktionär verliert die Möglichkeit zur Teilnahme an der GV und zur Meinungsbildung; zudem droht die Vereitelung seines Anfechtungsrechts, wenn er nicht innert der Anfechtungsfrist vom Beschluss erfährt. In beiden Fällen ist es unerheblich, ob er den Beschluss mit seiner Stimmkraft hätte verhindern können, denn wollte man darauf abstellen, könnte der VR die Aktionäre sanktionslos ungleich behandeln. (BGE 137 III 460)

Wenn die Statuten den Stichtenscheid für GV-Beschlüsse dem VR-Präsidenten zuweisen, ist dessen Teilnahme an der GV nicht unbefugt i.S.v. OR 691 III; der Beschluss ist somit nicht anfechtbar. (BGer A4_404/2011)

Ein Antrag auf Sonderprüfung kann nur in der GV gestellt werden. Dies hat zwei Konsequenzen: Ein Aktionär, der weder selbst noch mit anderen Aktionären zusammen über das für die Einberufung einer GV nötige Quorum (OR 699 III) verfügt, muss seinen Antrag auf Sonderprüfung an der nächsten ordentlichen GV stellen. Verweigert der VR die Einberufung einer rechtmässig beantragten ausserordentlichen GV, muss der Aktionär zunächst die Einberufung der GV gerichtlich durchsetzen. Dieser Fall ist also nicht gleichzusetzen mit der Verweigerung der Abstimmung durch den VR über einen rechtmässigen Antrag auf Sonderprüfung an der GV, wo das BGer den Weg zum Richter gemäss OR 697b eröffnet. (BGer 4A_554/2011, zur Publikation vorgesehen)

Bei dem Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers, muss das gesetzliche Quorum sowohl bei Klageeinreichung als auch bei Urteilsfällung erreicht sein (OR 697b II). In der Glaubhaftmachung muss genau umschrieben sein, inwiefern Gesetz oder Statuten (nicht Bestimmungen des Kotierungsprospekts oder des internen Investitionsreglements) durch das Verhalten eines Organs verletzt wurde und sie oder die Gesellschaft dabei zu Schaden gekommen sind. Die Sonderprüfung muss einem aktuellen und schützenswerten Interesse der Aktionäre entsprechen und auf bestimmte genau umschriebene Informationen gerichtet sein, welche für die Ausübung ihrer Rechte nötig sind. Sie darf hingegen nicht ziellos «fishing expeditions» ermöglichen. (BGer 4A_648/2011, zur Publikation vorgesehen)

Vermischen die herrschende und die beherrschte Gesellschaft ihre Wirkungsbereiche im Aussenverhältnis, ist dies kein Fall der Durchgriffshaftung, sondern der Rechtsschein-

haftung, sodass beherrschende und beherrschte Gesellschaft zusammen berechtigt oder verpflichtet sind. Eine Sphärenvermischung liegt vor, wenn Mutter und Tochter nach aussen nur schwer zu unterscheiden sind (grosse Ähnlichkeit der Firmenbezeichnungen, identischer Gesellschaftssitz und Gesellschaftszweck sowie gemeinsamer Vertreter von Mutter- und Tochter). (BGE 137 III 550 = Pra 101 (2012) Nr. 41, dazu *Alexander Wintsch/Peter Reichart*, Rechtsscheinhaftung im Konzern, GesKR 7 2012 287 ff.)

Eine beherrschte Gesellschaft schloss mit ihrer Mutter ein «Investment Management Agreement» ab, wonach diese sämtliche vom Unternehmenszweck der Tochter umfassten Geschäfte wahrnahm. Dies stellt eine Delegation der Geschäftsführung und nicht bloss ein Auftragsverhältnis über einzelne Aufgaben dar. Der Managementvertrag genügte den Anforderungen an eine Delegation (OR 716b). Nicht erforderlich ist, dass dieses Dokument förmlich als Organisationsreglement bezeichnet wird. Das BGer hält es für zulässig, eine Delegation an gewisse statutarische Grenzen oder Beschränkungen zu knüpfen. Der VR kann, muss aber nicht delegieren, insbesondere, wenn er die Statutenbestimmung für nicht akzeptabel hält. Das BGer hält darüber hinaus fest, dass der VR bei der Einberufung der GV die Traktandierung eines Gegenstandes verweigern kann, wenn dessen Inhalt unzweifelhaft nicht in den Kompetenzbereich der GV fällt. Bestehen Zweifel über die Zuständigkeit, ist zu traktandieren. (BGE 137 III 503 = Pra 101 (2012) Nr. 64, dazu *Benedict Burg/Hans Caspar von der Crone*, Ablehnung von Traktandierungsbegehren und Beschränkung der Delegationsermächtigung, SZW 84 2012 59 ff., *Urs Bertschinger*, Delegation

der Geschäftsführung bei der Aktiengesellschaft und Kompetenzen der Generalversammlung, GesKR 7 2012 294 ff.)

Ein latenter Interessenkonflikt, der aus der Doppelorganschaft von VR-Mitgliedern in Mutter- und Tochtergesellschaft herrührt, bewirkt keine Handlungsunfähigkeit des VR der Konzernmutter. Er stellt auch keine Verletzung der gesetzlichen Vorgaben zur Gesellschaftsorganisation dar (OR 731b). Nimmt der VR der Muttergesellschaft deren Interessen nur unzureichend wahr, kommen daher nur Schadenersatzansprüche der Aktionäre nach OR 754 in Betracht. (BGer 4A_522/2011)

Faktische Organe haften wegen einer verspäteten Überschuldungsanzeige nur, wenn sie den formellen VR von der Benachrichtigung abhielten oder es unterliessen, diesen von der Überschuldung zu informieren. Eine darüber hinausgehende Pflicht nach OR 725 II bestehe für faktische Organe nicht. (BGer 4A_474/2011)

Bei Verantwortlichkeitsansprüchen wegen verspäteter Benachrichtigung des Richters muss das Gericht prüfen, ob aus Sicht des VR objektiv die Besorgnis einer Überschuldung bestand. Dabei können im Nachhinein gewonnene Erkenntnisse nur berücksichtigt werden, wenn sie dem VR hätten bekannt sein müssen. Hat der VR keine Zwischenbilanz zu Fortführungswerten erstellt, muss nachträglich ermittelt werden, wie diese im massgebenden Zeitpunkt ausgesehen hätte. Ausschlaggebend ist der Wert der Aktivposten, die objektiv in die Zwischenbilanz hätten aufgenommen werden müssen. (BGer 4A_324/2011)

Das BGer verneinte Verantwortlichkeitsansprüche wegen der konzerninternen Verschiebung der Tochtergesellschaft Roscor Inc. von der

SAirGroup AG zur 100%-Tochtergesellschaft SAirLines AG. Es fehle eine Pflichtverletzung, weil in beiden AGs weder vor noch nach der Transaktion eine Überschuldung bestand. Eventualiter sei der SAirGroup AG durch die Transaktion ein Vorteil entstanden, da die Überschuldung der SAirLines behoben und deren für den Konzern wichtige Weiterexistenz gesichert wurde. Zudem hätten VR und Geschäftsführung eine – in casu nicht bestandene – Überschuldungssituation nicht erkennen müssen, weil weder die interne Revision noch zwei externe Revisionsgesellschaften eine Überschuldung bemerkt hätten. Zudem fehlte die Kausalität, da auch ein pflichtgemässes Verhalten zum gleichen Schaden geführt hätte (rechtmässiges Alternativverhalten). (BGer 4A_410/2011)

Die konzerninterne Gewährung eines Darlehens an die überschuldete Tochtergesellschaft stellt eine Verletzung der Sorgfaltspflicht im Sinne von OR 754 dar, wenn der VR der Konzernmutter, der in casu auch VR der Tochtergesellschaft war, nicht gleichzeitig ernsthaft und erfolgsversprechende Sanierungsmassnahmen in Angriff nimmt. Trotz Anwendbarkeit der Business Judgement Rule im Konzern darf ein strengerer Massstab bei konzerninternen Transaktionen gelten, weil dem VR der Konzernmutter ein besonderer Wissensstand über die Risiken dieser Geschäfte zukommen muss. Der VR darf sich dabei nicht bloss auf Aussagen der Bilanz stützen, sondern muss jegliche Alarmzeichen beachten. (BGer 4A_74/2012)

Eine Harmonika (OR 732a I) muss dem Zweck der Sanierung dienen und ist nur zulässig, wenn durch sie die Überschuldung direkt beseitigt wird oder gleichzeitig weitere Sanierungsmassnahmen in Angriff genommen

werden. Die GV kann einen entsprechenden Beschluss nur fassen, wenn sie das Sanierungspaket insgesamt kennt. Dies ist auch erforderlich, damit die Aktionäre entscheiden können, ob sie ihr Bezugsrecht ausüben wollen (OR 732a II). Beschlüsse, welche diesen Anforderungen nicht genügen, sind anfechtbar (OR 706 I); der Durchführungsbeschluss des VR betreffend Wiedererhöhung des Kapitals ist nichtig (OR 714). (BGer 4A_288/2011; 4A_290/2011, zur Publikation vorgesehen, dazu *Rainer Baisch/Rolf H. Weber*, Aktienrechtliche Restriktionen bei der Kapitalherabsetzung mit anschliessender Kapitalerhöhung als Sanierungsmassnahme – Folgen einer nicht harmonischen Harmonika, *GesKR 7 2012 274 ff.*).

Jede auf Behebung von Organisationsmängeln gerichtete Massnahme untersteht dem summarischen Verfahren, ungeachtet der Tatsache, dass ZPO 250 lit. c Ziff. 6, 11 nur zwei der Massnahmen nennt, die aufgrund der nicht abschliessenden Aufzählung von OR 731b angeordnet werden können. (BGE 138 III 166)

Der Richter ist bei der Ausübung des Ermessens gemäss OR 731b nicht frei, die genannten Massnahmen stehen in einem Stufenverhältnis und es gilt das Verhältnismässigkeitsprinzip. Im Falle einer dauerhaften Pattsituation bei der Wahl von Organen hat der Richter das fehlende Organ zu ernennen. Mit OR 731b soll dem Aktionär zudem kein Instrument zur Auflösung an die Hand gegeben werden, ohne dass gleichzeitig die strengen Voraussetzungen der Auflösungsklage von OR 736 Ziff. 4 vorliegen. Selbst bei einer dauerhaften Pattsituation erachtet das BGer andere Massnahmen (z.B. die richterlich angeordnete Versteigerung der Aktien) gegenüber einer Auflösung als milder. (BGE 138 III 294)

B. Umstrukturierungen

Im Hinblick auf die Berechnung der Ausgleichszahlung (FusG 105 I) kommt den fusionierenden Gesellschaften bei der Wahl der Bewertungsmethode und der Bewertung der relevanten Umstände ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Erst wenn dieser Ermessensspielraum überschritten wird (Abfindung beruht auf falschen/unvollständigen Annahmen, anerkannte Bewertungsgrundsätze werden unzutreffend angewendet), ist die Abfindung nicht mehr angemessen. Die richterliche Prüfung von Expertengutachten beschränkt sich auf das Vorhandensein offensichtlicher Widersprüche, Nachvollziehbarkeit und Plausibilität der gewählten Methode. Die Kostenregelung von FusG 105 III zulasten des übernehmenden Rechtsträgers gilt – analog zu Verantwortlichkeitsklagen – grundsätzlich nur für das Verfahren in erster Instanz. (BGer 4A_96/2011, teilweise veröffentlicht in BGE 137 III 577, dazu *Matthias Trautmann/Hans Caspar von der Crone*, Die Angemessenheit von Abfindungen und Prozesskostentragung bei Squeeze-Out-Fusionen, *SZW 84 2012 163 ff.*, *Markus Vischer/Thomas Wehinger*, Angemessenheit der Abfindung und Verteilung der Gerichtskosten im bundesgerichtlichen Verfahren beim Squeeze-Out-Merger, *GesKR 7 2012 123 ff.*) (siehe auch BGer 4A_341/2011)

Die übernehmende Gesellschaft darf ihre Gewinne mit Verlustvorträgen der übertragenden Gesellschaft steuerwirksam verrechnen, falls die Umstrukturierung sachlich bzw. betriebswirtschaftlich begründet ist. (BGer 2C_351/2011)

Die besondere Kostenregelung in FusG 105 III ist nicht anwendbar, wenn ein Kläger die Aktien in Kenntnis der vorgesehenen Fusion kauft. Er kauft wirtschaftlich betrachtet nur das

Recht auf Abfindung und nicht eine Gesellschafterstellung, die ihm durch die Fusion entzogen werden könnte. (BGer 4A_547/2011)

C. Übriges Gesellschafts- und Handelsrecht

Bauen zwei Ehepaare gemeinsam eine Liegenschaft, bilden sie eine einfache Gesellschaft und damit zivilprozessual eine notwendige Streitgenossenschaft. Weder die fehlende Gewinnausrichtung noch die kurze Gesellschaftsdauer noch die Absicht der späteren Teilung der Liegenschaft sind von Belang. (BGE 137 III 455 = Pra 101 (2012) Nr. 19)

Die Verletzung des Konkurrenzverbots durch einen Gesellschafter befreit die anderen Gesellschafter nicht davon, ihrerseits die gesellschaftsvertraglichen Pflichten einzuhalten. Ein einzelner oder mehrere Pflichtverstösse lassen noch nicht auf Auflösung der einfachen Gesellschaft schliessen. (BGer 4A_340/2011)

Sinkt die Mitgliederzahl einer Genossenschaft unter das gesetzliche Minimum von sieben (OR 831 I), liegt nicht eine mangelhafte Organisation der Körperschaft vor, sondern der Tatbestand der Genossenschaft ist als solcher nicht mehr gegeben. Die Körperschaft existiert nur noch im Handelsregister, hat aber materiell ihre Existenz verloren und kann auch durch eine richterliche Massnahme nicht wieder hergestellt werden. Von den in OR 731b I beispielhaft aufgeführten Massnahmen kommen nur die in Ziff. 1 und 3 aufgeführten Handlungen in Frage; der Richter kann damit fehlende Mitglieder nicht selber ernennen. (BGer 4A_729/2011, zur Publikation vorgesehen, kritisch dazu *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. A., Bern 2012, § 19 N 40b f.)

D. Wertpapierrecht

Bucheffekten stellen vertretbare Forderungs- oder Mitgliedschaftsrechte gegenüber dem Emittenten dar, die einem Effektenkonto gutgeschrieben sind und über die der Kontoinhaber nach den Vorschriften des BEG verfügen kann (BEG 3 I). Die sachenrechtliche Beziehung des Hinterlegers zu den Urkunden wird nicht aufgehoben, sondern lediglich sistiert; sie lebt wieder auf, wenn die Wertpapiere von der Verwahrungsstelle herausgegeben werden (BEG 8). Daher sind die Vindikation gegen die Depotbank oder den mittelbaren Besitzer von Bucheffekten und die Restituierung nach den Regeln des Besitzschutzes ausgeschlossen. Eine Rückabwicklung hat vielmehr nach schuldrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen. (BGE 138 III 137, dazu *Karim Maizar*, Rechtsnatur und Herausgabe von Bucheffekten, GesKR 7 2012 445 ff.)

E. Börsengesellschaftsrecht

Hält ein Aktionär bereits vor dem öffentlichen Kaufangebot 98% der Aktien der Zielgesellschaft und macht er das Angebot nur, um ein Kraftloserklärungsverfahren durchführen zu können, steht den Aktionären gegen die Angemessenheit des Angebotspreises im Rahmen des Squeeze-Out (BEHG 33) keine Einsprachemöglichkeit zu. Der Anbieter muss nämlich die Entschädigungsregel von BEHG 33 II nicht einhalten, weil er auf die ausstehenden Aktien nicht angewiesen ist. Um die in solchen Fällen bestehende Lücke im BEHG zu schliessen, legt der Richter den Angebotspreis mit Wirkung erga omnes fest, wobei in Analogie zu BEHG 54 die Angemessenheit des Preises anhand eines Prüfberichts festgestellt wird. Der Aktionär muss allfällige Beanstandungen

gegen den Angebotspreis bereits im Übernahmeverfahren vor der UEK vorbringen. (HGer ZH HG090301, dazu *Stefan Scherrer*, Angebotspreis als Prozessgegenstand des börsenrechtlichen Kraftloserklärungsverfahrens, GesKR 7 2012 308 ff.)

III. Literatur

A. Allgemeine Literatur zum Gesellschaftsrecht

Marc Amstutz/Peter Breitschmid/Andreas Furrer u.a.: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich 2012; *Baker & McKenzie* (Hrsg.): Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2011/2012, Zürich 2012; *Daniel Girsberger/Andreas Furrer/Andreas Kellerhals/Peter Galli*: Wirtschaftsrecht, 3. A., Zürich 2011; *Urs P. Gnos*: Gesellschaftsrecht. Entwicklungen 2011, Bern 2012 = njus.ch; *Andreas Kellerhals/Tobias Baumgartner* (Hrsg.): Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Zürich/St. Gallen 2012; *Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter* (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, Bern 2012; *Franco Lorandi/Daniel Staehelin* (Hrsg.): Innovatives Recht. Festschrift für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011; *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser*: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. A., Bern 2012; *Mark Pieth*: Anti-Korruptions-Compliance, Zürich/St. Gallen 2011; *Monika Roth*: Compliance – in a nutshell, Zürich 2011; *dies.*: Kompetenz und Verantwortung: Non-Compliance als strategisches Risiko, Zürich 2012; *Thomas Sprecher* (Hrsg.): Sanierung und Insolvenz von Unternehmen II, Zürich 2012 = EIZ 123; *Leo Staub/Christine Hehli Hidber* (Hrsg.): Management von Anwaltskanzleien, Zürich 2012; *Emilio Sutter/Stefan Hunziker/Hermann Grab*: IKS-

Leitfaden, Bern 2011; *David Vasella*: Die Haftung von Ratingagenturen, Diss. Zürich 2011 = ZStP 236.

B. Aktienrecht, Konzernrecht, Rechnungslegung und Corporate Governance

Franziska Bächler: Vergütungen von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern in Banken, Diss. Zürich 2012 = ZStP 246; *Benjamin Bächler*: Das Kapitalband, Diss. Zürich 2012 = ZStP 242; Susan Emmenegger (Hrsg.): Corporate Governance, Basel 2011; *Tamara Erez/Flavia Giorgetti Nasciuti*: Il sistema di controllo interno, Basel 2012; *Urs P. Gnos/Petra Hanselmann*: Aktienrecht. Entwicklungen 2010, Bern 2011 = njus.ch; *Matthias Heiniger*: Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 StGB, Diss. Bern 2011 = ASR 781; Martin Hilb (Hrsg.): Corporate Governance im Praxistest, Bern 2012; *René Hirsiger*: Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis – Gleichzeitig ein Beitrag zu erfolgs- und leistungsabhängigen Vergütungssystemen und Bonuszahlungen im schweizerischen Arbeitsrecht, Diss. Bern 2011 = SSA 72; *Diana Imbach Haumüller*: Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich – ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle?, Diss. Zürich 2011 = ZStP 237; Manfred Küng (Hrsg.): Gründung einer AG, Zürich-Mülligen 2011; ders. (Hrsg.): Führung der AG, Zürich-Mülligen 2011; Thierry Luterbacher (Hrsg.): Verantwortlichkeits-, Zivilprozess- und Versicherungsrecht. Aktuelle Aspekte 2011, Zürich 2012; *Karim Maizar*: Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften, Diss. Zürich/

St. Gallen 2012 = SSHW 308; *Pascal Montavon*: Droit Suisse de la SA, Lausanne 2012; *Roland Müller/Patrick König*: GmbH und AG in der Schweiz, in Deutschland und Österreich, Zürich/St. Gallen 2011; *Peter Nobel*: Internationales und Transnationales Aktienrecht, Band 1: IPR und Grundlagen, 2. A., Bern 2012; *ders.*: Internationales und Transnationales Aktienrecht, Band 2: Teil Europarecht, 2. A., Bern 2012; *Manuela Oswald*: Die «grosse Aktienrechtsreform»: Die Neuregelung der Stimmrechtsvertretung bei Generalversammlungen von Aktiengesellschaften sowie mögliche Lösungsansätze zur Beseitigung des Phänomens der Dispoaktien, Zürich 2011; *Stefanie Pfisterer*: Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, Zürich 2011 = ZStP 240; *Helmut Schwärzler/Jürgen Wagner*: Verantwortlichkeit im liechtensteinischen Gesellschaftsrecht, 2. A., Zürich 2012; *Judith Verena Söding*: Private Equity Minority Investments, Diss. Zürich/St. Gallen 2012 = SSHW 306; *Thomas Alexander Steininger*: Interessenkonflikte des Verwaltungsrates, Zürich 2011 = ZStP 238; *Roland von Büren/Walter A. Stoffel/Rolf H. Weber*: Grundriss des Aktienrechts, 3. A., Zürich 2011; Rolf Watter/Urs Bertschinger (Hrsg.): Basler Kommentar zum Revisionsrecht. Revisionsaufsichtsgesetz, Art. 727–731a, 755 OR, Basel 2011; Rolf H. Weber/Peter R. Isler (Hrsg.): Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zürich 2012 = EIZ 124; *Christophe Zimmerli*: Le leveraged buyout (LBO), Bern 2011.

C. Umstrukturierungsrecht

Christian Tannò: Break-up fee-Vereinbarungen in Unternehmenszusam-

enschlussverträgen, Diss. Zürich/St. Gallen 2012 = SSHW 307; Frank Vischer (Hrsg.): Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. A., Zürich 2012; *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber*: FusG Kommentar, 2. A., Zürich 2012.

D. Übriges Gesellschafts- und Handelsrecht

Rino Siffert/Florian Zihler: Handelsregisterrecht. Entwicklungen 2011, Bern 2012 = njus.ch; *Rembert Süss/Thomas Wachter*: Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, 2. A., Basel 2011.

E. Börsengesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Dieter Gericke: Private Equity, Zürich 2011 = EIZ 118; Thomas U. Reutter/Thomas Werlen (Hrsg.): Kapitalmarkttransaktionen VI, Zürich 2011 = EIZ 115; *Pascal Rüedi*: Der örtliche und sachliche Anwendungsbereich des Schweizer Übernahmerechts, Diss. Bern 2011 = ASR 776; Rudolf Tschäni (Hrsg.): Mergers & Acquisitions XIV, Zürich 2012 = EIZ 125; *Rolf H. Weber/Simone Baumann*: Neukonzeption der Rechtsprechung im Börsenwesen, Zürich 2012 = Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht 103.

F. Wertpapierrecht

Marion Hanten: Das Bucheffektengesetz, Basel 2012; Heinrich Honsell/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.): Basler Kommentar zum Wertpapierrecht. Art. 965–1186 OR, Bucheffektengesetz, Haager Wertpapier-Übereinkommen, Basel 2012; *Florian Louis Steiner*: Besicherung nach dem Bucheffektengesetz, Diss. Zürich/St. Gallen 2012 = SGFM 8.